

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'arrêt Nintendo

Dusollier, Séverine

Published in:
Auteurs et Media

Publication date:
2014

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2014, 'L'arrêt Nintendo: la protection des mesures techniques au pays des jeux video, note sous C.J.U.E. (4e ch.), 23 janvier 2014', *Auteurs et Media*, numéro 5, pp. 360-369.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

duits ou les composants susceptibles de contourner la protection des mesures techniques efficaces, à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2001/29.

35. Plus précisément, ladite disposition oblige les États membres à prévoir une protection juridique appropriée contre lesdits dispositifs, produits ou composants qui ont pour but de contourner ladite protection des mesures techniques efficaces, qui n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner cette protection ou qui sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter ce contournement.

36. À cet égard, aux fins de l'examen du but desdits dispositifs, produits ou composants, la preuve de l'usage que font effectivement de ceux-ci les tiers va être, en fonction des circonstances en cause, particulièrement pertinente. La juridiction de renvoi peut, notamment, examiner la fréquence avec laquelle les appareils de PC Box sont effectivement utilisés pour que des copies non autorisées de jeux Nintendo et sous licence Nintendo puissent être utilisées sur des consoles Nintendo ainsi que la fréquence avec laquelle ces appareils sont utilisés à des fins qui ne violent pas le droit d'auteur sur les jeux Nintendo et sous licence Nintendo.

37. Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que la directive 2001/29 doit être interprétée en ce sens que la notion de «mesure technique efficace», au sens de l'article 6, paragraphe 3, de cette directive, est susceptible de recouvrir des mesures techniques consistant, principalement, à équiper d'un dispositif de reconnaissance non seulement le support contenant l'œuvre protégée, telle que le jeu vidéo, en vue de sa protection contre des actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur, mais également les appareils portables ou les consoles destinés à assurer l'accès à ces jeux et leur utilisation.

38. Il incombe à la juridiction nationale de vérifier si d'autres mesures ou des mesures non installées sur les

consoles pourraient causer moins d'interférences avec les activités des tiers ou de limitations de ces activités, tout en apportant une protection comparable pour les droits du titulaire. À cette fin, il est pertinent de tenir compte, notamment, des coûts relatifs aux différents types de mesures techniques, des aspects techniques et pratiques de leur mise en œuvre ainsi que de la comparaison de l'efficacité de ces différents types de mesures techniques en ce qui concerne la protection des droits du titulaire, cette efficacité ne devant pas, toutefois, être absolue. Il appartient également à ladite juridiction d'examiner le but des dispositifs, des produits ou des composants susceptibles de contourner lesdites mesures techniques. À cet égard, la preuve de l'usage que les tiers font effectivement de ceux-ci va être, en fonction des circonstances en cause, particulièrement pertinente. La juridiction nationale peut, notamment, examiner la fréquence avec laquelle ces dispositifs, produits ou composants sont effectivement utilisés en méconnaissance du droit d'auteur ainsi que la fréquence avec laquelle ils sont utilisés à des fins qui ne violent pas ledit droit.

[...]

Par ces motifs,
la Cour
dit pour droit :

La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprétée en ce sens que la notion de «mesure technique efficace», au sens de l'article 6, paragraphe 3, de cette directive, est susceptible de recouvrir des mesures techniques consistant, principalement, à équiper d'un dispositif de reconnaissance non seulement le support contenant l'œuvre protégée, telle que le jeu vidéo, en vue de sa protection contre des actes non autorisés par le titulaire du droit d'auteur, mais également les appareils portables ou les consoles destinés à assurer l'accès à ces jeux et leur utilisation.

Il incombe à la juridiction nationale de vérifier si d'autres mesures ou des mesures non installées sur les

consoles pourraient causer moins d'interférences avec les activités des tiers ou de limitations de ces activités, tout en apportant une protection comparable pour les droits du titulaire. À cette fin, il est pertinent de tenir compte, notamment, des coûts relatifs aux différents types de mesures techniques, des aspects techniques et pratiques de leur mise en œuvre ainsi que de la comparaison de l'efficacité de ces différents types de mesures techniques en ce qui concerne la protection des droits du titulaire, cette efficacité ne devant pas, toutefois, être absolue. Il appartient également à ladite juridiction d'examiner le but des dispositifs, des produits ou des composants susceptibles de contourner lesdites mesures techniques. À cet égard, la preuve de l'usage que les tiers font effectivement de ceux-ci va être, en fonction des circonstances en cause, particulièrement pertinente. La juridiction nationale peut, notamment, examiner la fréquence avec laquelle ces dispositifs, produits ou composants sont effectivement utilisés en méconnaissance du droit d'auteur ainsi que la fréquence avec laquelle ils sont utilisés à des fins qui ne violent pas ledit droit.

L'arrêt *Nintendo* : La protection des mesures techniques au pays des jeux vidéo

Si la question des mesures techniques de protection en droit d'auteur a occupé une large part de la doctrine lors de l'adoption de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, et pendant les années qui ont suivi⁽¹⁾, elle a été relativement absente de la jurisprudence tant nationale qu'européenne. Les tribunaux des États membres n'ont en effet pas connu un afflux particulier de poursuites à l'encontre de personnes contournant les mesures techniques ou offrant des dispositifs dans ce but.

Il y eut bien quelques remous judiciaires antérieurement à l'adoption de la directive, suscités par la crainte d'un anéantissement de la copie privée⁽²⁾. La directive une fois transposée, peu de litiges ont trouvé leur chemin

(1) Pour rappel l'article 6 de la directive 2001/29 instaure une protection contre le contournement (et l'offre de dispositifs permettant ce contournement) de mesures techniques protégeant les œuvres de toute utilisation non autorisée. Sur cette protection, voy. S. DUSOLLIER,

Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres, Bruxelles, Larcier, 2007.

(2) En Belgique, Bruxelles, 9 septembre 2005, *R.D.T.I.*, 2005, n° 23, pp. 71-78, en France, TGI Paris, 3^e ch.,

30 avril 2004, *J.C.P. G.*, 2004 II, 1583, note C. GEIGER; Paris, 22 avril 2005, *R.D.T.I.*, 2005, n° 23, p. 57, note S. DUSOLLIER; Cass. fr., 28 février 2006, *A&M*, 2006, p. 178, note S. DUSOLLIER, et finalement, Paris, 4 avril 2007, *A&M*, 2007, pp. 348-352, note DUSOLLIER.

jusqu'aux tribunaux et généralement dans des cas peu contestables, que ce soit un mécanisme obérant le dispositif anticopie des CD musicaux⁽³⁾, ou une clé permettant l'utilisation d'un logiciel, d'un jeu vidéo ou de cartes protégées, sans autorisation⁽⁴⁾. Une décision a certes créé la surprise en considérant qu'en raison de l'utilisation répandue d'un mécanisme de contournement de la protection des DVD, il ne s'agissait plus d'une mesure technique efficace pouvant être protégée par la loi⁽⁵⁾. Mais les craintes formulées quant à une possible surréservation des œuvres par la technique n'ont pas été vérifiées.

Une constante toutefois dans la jurisprudence nationale a été la question du contournement de la protection des jeux vidéo par les *modchips*, modules techniques qui manipulent le système d'authentification opérant entre le jeu et la console, question sur laquelle de nombreux arrêts ont été prononcés aux quatre coins de l'Europe. Et c'est sur ce point également que les premières questions préjudicielles en la matière ont été posées à la Cour de justice de l'Union européenne, donnant lieu à cet arrêt *Nintendo*, qui fait l'objet de ce commentaire. Elle apparaît comme une décision courte, apparemment sereine, bien loin des débats houleux qu'a suscités l'innovation de la protection anticontournement en 2001.

I. Les modchips, une question technique et juridique

a. La protection technique des jeux vidéo

Les jeux vidéo reposent sur une combinaison de dispositifs techniques qui vise à assurer leur protection et éviter l'utilisation de jeux pirates sur les consoles. C'est par l'association des jeux et des consoles que cette protection est

assurée. Les consoles de jeux ne sont en effet pas des équipements susceptibles de remplir plusieurs fonctions, mais sont programmées pour ne permettre que l'utilisation de jeux dûment autorisés et estampillés de la marque de leur fabricant. Tout jeu vidéo n'est développé qu'avec l'autorisation expresse et le contrôle du fabricant de la console, les Sony, Nintendo, Microsoft et consorts. Ce lien est traduit techniquement par un mécanisme d'authentification inséré dans l'équipement et dont la fonction est de vérifier, lors de l'insertion d'un DVD ou autre support de jeu, que celui-ci est un jeu original, non piraté et relevant de la zone géographique de la console. Ce dernier point est important, l'industrie du jeu vidéo ayant divisé le monde en différentes zones dans lesquelles les consoles et les jeux répondent à des formats distincts. En conséquence, un jeu acheté en Europe ne pourra être utilisé que sur l'équipement idoine du même territoire, ce dernier n'acceptant pas normalement les jeux importés du Japon.

Cette authentification entre appareil de lecture et support n'est pas uniquement une question de protection du droit d'auteur sur les jeux, mais aussi une garantie d'un *business model* qui complète les ventes d'équipements avec les redevances issues des licences obtenues par les développeurs des jeux auprès des titulaires de marque liées à ces appareils. Ceci explique que les affaires dont il sera question ici ne sont généralement pas instrumentées par les titulaires de droit d'auteur sur les jeux, soit les studios d'animation vidéo, mais les fabricants des consoles⁽⁶⁾. C'est un point qui est rarement soulevé dans les décisions judiciaires concernées.

Face à cette sécurisation technique interviennent les *modchips*. Abréviation de *modification chips*, ces puces, une fois installées dans la console, sont capables

de désactiver les mécanismes de reconnaissance des jeux. La console dès lors «débriée» recouvre ses pleines capacités: tout jeu, pour autant qu'il corresponde au format technique requis (DVD, CD, cartouche), peut être chargé, qu'il ait été acquis sur un autre marché géographique, qu'il ait été modifié ou qu'il s'agisse d'une copie non autorisée d'un jeu de la marque. Les *modchips* peuvent selon les cas être également utilisés pour transformer la console en un véritable ordinateur.

Il ne s'agit pas forcément d'utilisations illicites ou de contrefaçons des jeux vidéo. Par exemple, les *modchips* permettent d'utiliser des jeux modifiés par les utilisateurs, qui y auraient ajouté des fonctionnalités, des personnalités ou en auraient supprimé certaines limitations. Des jeux développés sans licence du consolier peuvent aussi en bénéficier, ainsi que tout contenu multimédia techniquement compatible, tels des films ou de la musique.

Les *modchips* ignorant la protection de la console et des jeux mise en place par l'industrie, celle-ci a rapidement réagi en poursuivant les personnes mettant à disposition ces mécanismes. De nombreuses décisions, parfois hésitantes ou contradictoires, en ont résulté.

b. La jurisprudence européenne sur les modchips

L'offre de *modchips* permettant d'ignorer la protection des jeux et consoles vidéo, a fait l'objet de nombreuses poursuites dans les États membres européens, donnant lieu à une jurisprudence contrastée. Si la condamnation de tels dispositifs a été claire en Belgique⁽⁷⁾, France⁽⁸⁾, au Royaume-Uni⁽⁹⁾, en Allemagne⁽¹⁰⁾, et hors Union européenne, aux États-Unis⁽¹¹⁾, des doutes ont surgi en Espagne⁽¹²⁾, ainsi

(3) BGH, 17 juillet 2008, *GRUR*, 2008, p. 996; LG Köln, Urteil v. 23.11.2005 – Az: 28 S 6/05 (2006) Jur-PC Web-Dok. 49/2006, Nos. 1-63, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20060049.htm>.

(4) Anvers, 9^e ch., 28 février 2002, *A&M*, 2002, p. 340; Corr. Charleroi, 23 octobre 2003, n° 2626; Corr. Gand, 23 avril 2008, n° 2008/1322; Mons, 4 mai 2007, n° 135 H 0; BGH, 11 février 2010 – I ZR 178/08 (OLG Hamburg) *Half-Life 2*; BGH, 29 avril 2010 – I ZR 39/08 (OLG Hamburg) *Session-ID*.

(5) Helsinki District Court, Case R 07/1004, 25 mai 2007, traduction

anglaise disponible sur http://www.turre.com/css_helsinki_district_court.pdf.

(6) Ces derniers étant toutefois aussi titulaires de droits d'auteur sur certains jeux.

(7) Corr. Charleroi, 23 octobre 2003, n° 68.L7.343/02; Corr. Gand, 23 avril 2008, n° 68.98.1806/07/FS1; Mons, 4 mai 2007, n° 135 H 04.

(8) C.A. Paris, 26 septembre 2011, *Nintendo c. Absolute Games & Divineo*, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3238.

(9) *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc (t/a Sony Computer Entertainment Inc) c. Ball & Ors* [2004] EWHC 1192 (Ch) (17 mai 2004),

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/1192.html>.

(10) LG München, 13 mars 2008, 7 O 16829/07, *MMR*, 2008, 839.

(11) *Sony Computer Entertainment America, Inc. c. Gamemasters*, 87 F.Supp.2d 976 (N.D.Cal. 1999); *Sony Computer Entertainment America, Inc. c. Filipiak*, 406 F.Supp.2d 1068 (N.D.Cal. 2005); *Sony Computer Entertainment America, Inc. c. Divineo, Inc.*, 457 E.Supp.2d 957 (N.D.Cal. 2006).

(12) Audiencia Provincial de Las Palmas, 5 mars 2010, *Modchips y Swap Magic*; Juzgado de instrucción n° 004 Salamanca, 20 novembre 2009, *Nintendo c. Movilquick*.

qu'en France⁽¹³⁾ et en Italie⁽¹⁴⁾, du moins en première instance.

C'est principalement le lien entre la protection du droit d'auteur et les utilisations contrôlées par les consoles qui pose question. Il va sans dire que les *modchips* désactivent ou ignorent une série de mesures de protection afférentes aux œuvres protégées par le droit d'auteur que sont les jeux vidéo. Mais cette protection n'est qu'indirecte : elle n'empêche pas la copie de ces œuvres ou leur modification, mais certifie un environnement sécurisé où seuls les jeux estampillés de la marque de la console et relevant de la même zone géographique pourront être utilisés. Ainsi, et au risque de se répéter, les jeux authentiques mais importés en Europe ou les jeux qui ne sont pas développés par des créateurs approuvés par les consociers se verront refusés par l'équipement. Or l'utilisation de tels jeux ne relève pas nécessairement d'une atteinte au droit d'auteur.

Par exemple, l'utilisation d'un contenu acquis légitimement hors Europe n'implique aucun acte de distribution⁽¹⁵⁾ et les actes de reproduction temporaire suscités par le processus de jeu peuvent certainement être compris comme une partie intégrante et essentielle d'un usage licite et qui ne revêt pas de signification économique indépendante⁽¹⁶⁾. La même conclusion peut être soutenue pour l'utilisation de jeux développés indépendamment du contrôle des marques de consoles, ces derniers n'ayant aucun droit sur ceux-ci. La question est certainement plus délicate pour les copies pirates, voire pour les additions ou modifications non

autorisées, de jeux officiels. L'utilisation de ceux-ci pourrait ne pas répondre à la condition de licéité requise pour exempter les actes de copie provisoire engendrés par celle-ci. Une décision britannique a considéré que le chargement de jeux contrefaits constituait une atteinte au droit d'auteur en raison des reproductions temporaires nécessitées par l'opération⁽¹⁷⁾.

Plus généralement de nombreux tribunaux ont hésité à condamner les *modchips* en raison des usages légitimes qui pourraient être faits de ceux-ci, certes en contradiction avec l'objectif de sécurisation technique des ayants droit, mais en conformité avec ce que la loi autorise.

C'est en ce sens que s'est prononcée la décision italienne citée⁽¹⁸⁾, ainsi qu'une décision australienne⁽¹⁹⁾ qui a insisté sur les utilisations légitimes permises par les *modchips* et notamment le fait de jouer à des jeux créés par des utilisateurs ou importés.

Le tribunal de grande instance de Paris a de manière identique rejeté la demande de Nintendo visant à l'interdiction de la distribution de *modchips* destinés à la console DS⁽²⁰⁾ en considérant que ceux-ci visant à l'interopérabilité de la console avec d'autres jeux, ce qui n'était pas interdit par la loi⁽²¹⁾. La décision a été infirmée en appel⁽²²⁾.

En Italie, deux arrêts ont pareillement refusé de condamner la modification de PlayStations permettant de jouer à des jeux importés⁽²³⁾. Une de ces décisions explique que le principal objectif des *modchips* est d'éviter les obstacles monopolistiques mis en place par Sony et d'avoir un meilleur usage de la

PlayStation, en réinstaurant toutes les fonctionnalités dont un utilisateur légitime pouvait bénéficier, et notamment de jouer à des jeux importés légitimement ou d'une autre marque, de faire des copies de sauvegarde et même de débrider la console pour la transformer en un ordinateur. Le juge n'a vu aucune relation entre la mesure technique de protection et le droit d'auteur sur les jeux. La cour d'appel de Trento a révisé ce jugement⁽²⁴⁾ et la Cour de cassation italienne⁽²⁵⁾, dans la même affaire, a conclu que les *modchips* étaient des dispositifs de contournement illicites. Cela n'a toutefois pas suffi semble-t-il à dissiper toutes les hésitations transalpines puisque la décision commentée résulte de questions préjudicielles posées par une juridiction italienne, la cour d'appel de Milan.

II. Analyse de la décision

Les juges de Luxembourg saisis par le tribunal italien avaient affaire à un cas classique de distribution de *modchips* visant à manipuler la sécurisation de jeux vidéo. Il s'agissait ici de mécanismes désactivant les codes des consoles DS et Wii commercialisés par Nintendo.

Le défendeur poursuivi en Italie par la société japonaise sur la base des dispositions anticcontournement de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information (plutôt sur les dispositions la transposant en droit italien), vendait ces consoles en combinaison avec un logiciel additionnel qui permettait la lecture de fichiers MP3, de films et

(13) T.G.I. Paris, 3 décembre 2009, *Nintendo c. Divineo*, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1175>.

(14) Tribunale del riesame di Bolzano, 31 décembre 2003, disponible sur [ictlex.net](http://www.ictlex.net).

(15) Ce qui est reconnu par la Commission européenne dans son évaluation de la directive, Commission Staff Working Document, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 30 novembre 2007, SEC(2007) 1556, p. 8.

(16) La jurisprudence européenne ayant en outre donné une interprétation assez large de l'exception de copie temporaire et de ses conditions. Voy. C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International*,

C-5/08; C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq International*, C-302/10; C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, C-403/08, & *Karen Murphy*, C-429/08. Pour une analyse du lien entre copie provisoire et mesures techniques de protection, G Westkamp, Code, Copying, Competition: The Subversive Force of Para-Copyright and the Need for an Unfair Competition Based Reassessment of DRM Laws after *Infopaq*, 58 J. Copyright Soc'y 665.

(17) *Gilham v R* [2009] EWCA Crim 2293; *Nintendo Company Ltd & ANR c Console PC Com Lt* [2010] EWHC 1932 (Ch).

(18) Tribunale del riesame di Bolzano, 31 décembre 2003, disponible sur [ictlex.net](http://www.ictlex.net).

(19) High Court of Australia, *Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58 (6 octobre 2005).

(20) T.G.I. Paris, 3 décembre 2009, *Nintendo c. Divineo*, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1175>.

(21) La décision applique une interprétation assez surprenante de la disposition française enjoignant aux mesures techniques de sauvegarder une certaine interopérabilité.

(22) C.A. Paris, 26 septembre 2011, n° 10/01053.

(23) Tribunale del riesame di Bolzano, 31 décembre 2003, disponible sur [ictlex.net](http://www.ictlex.net); Trib. Vicenza, 27 juin 2003, nr. 53/03.

(24) Corte di Appello di Trento, 18 mai 2006.

(25) Corte Suprema di Cassazione, 3 septembre 2007, n° 33768. Voy. l'analyse de E. AREZZO, «Videogames and consoles between copyright and technical protection measures», *IIC*, 2009, n° 1.

de vidéo, lorsque le *modchip* fourni par celui-ci était installé sur la console.

Outre une question sur la possibilité d'inclure dans la définition des mesures techniques protégées, les dispositifs se trouvant sur un équipement de lecture et non sur l'œuvre elle-même (b), la question principale posée par la juridiction italienne est précisément la détermination de l'illicéité du dispositif de contournement lorsqu'il permet la désactivation de la protection technique dans plusieurs buts, notamment légitimes en droit d'auteur (c et d).

Mais une première question non directement posée mais décisive pourtant est celle de la détermination de la directive applicable au contournement de mesures techniques apposées sur des jeux vidéo (a).

a. La détermination de la directive applicable

S'agissant des mesures techniques protégeant des œuvres qualifiées de logiciels, deux directives européennes sont susceptibles de s'appliquer, celle relative à la protection des programmes d'ordinateur, datant de 1991 mais coordonnée en 2009⁽²⁶⁾, ou la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information qui contient les dispositions anticontournement les plus élaborées. C'est cette dernière directive qui instaure cette protection bicéphale par son considérant 50 qui prévoit que la protection des mesures techniques «n'affecte pas les dispositions spécifiques de protection prévues par la directive 91/250/CEE [directive «logiciels»]. En particulier, elle ne doit pas s'appliquer à la protection de mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateur, qui relève exclusivement de ladite directive».

Or l'ampleur de la protection diffère⁽²⁷⁾. Dans le premier texte, seule la distribution d'équipements permettant le contournement est visée, soit la mise en circulation ou la détention à des fins commerciales de tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de dispositifs techniques de protection,

alors que le texte plus récent inclut également l'acte même de contournement.

Dans la directive logiciels, les appareils et systèmes dont la mise en circulation est prohibée sont *tout moyen* dont le *seul but* est de faciliter la suppression ou la neutralisation du dispositif technique. Ce critère est la fois large et assez restreint. D'une part, le syntagme «tout moyen», englobe un large éventail de mécanismes, logiciels, éléments d'un système et appareils. D'autre part, le critère du «seul but» paraît réduire le champ des dispositifs considérés comme illicites, en dépit d'une jurisprudence nationale y ayant appliqué une interprétation large⁽²⁸⁾.

La directive de 2001 met en place un régime plus détaillé. Les dispositifs prohibés sont ceux qui a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection ou b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection ou c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace. Le tracé de la ligne de partage entre licite et illicite y est bien plus précis et ajoute au but intentionnel et unique, l'objet ou l'effet (même non voulu) réel du mécanisme de contournement.

Quant à la définition des mesures techniques protégées dans le système des programmes d'ordinateur, elle inclut «tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur», sans que la fonction précise du dispositif ne soit autrement précisée. À l'inverse les mesures techniques sont définies dans la directive Infosoc comme «toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE».

Cette absence d'uniformisation de l'acquis a été critiquée⁽²⁹⁾. La décision commentée illustre les difficultés d'une protection distincte.

Les questions préjudicielles posées à la Cour se placent dans l'optique de la directive 2001/29 et de son article 6, considérant donc le jeu vidéo comme une œuvre soumise à cette directive et non comme un programme d'ordinateur. La qualification du jeu vidéo peut en effet osciller entre ces deux pôles et l'approche des États membres sur ce point n'est pas uniforme.

La jurisprudence de la Cour de justice ne laisse sans doute plus de champ de manœuvre aux juridictions nationales en ayant opté résolument pour une application distributive des protections dans l'arrêt *BSA*. Cette décision relative à l'interface graphique utilisateur d'un programme d'ordinateur a en effet restreint la définition du programme d'ordinateur dans la directive de 2009 aux «formes d'expression d'un programme d'ordinateur ainsi que les travaux préparatoires de conception susceptibles d'aboutir, respectivement, à la reproduction ou à la réalisation ultérieure d'un tel programme»⁽³⁰⁾. En conséquence, l'interface graphique utilisateur ne permettant pas de reproduire le programme d'ordinateur, elle ne peut être qualifiée de programme d'ordinateur au sens de la directive 2009/24. Ce qui n'empêche pas, dit toutefois la Cour, que cette interface et tout autre élément graphique du programme remplisse la condition d'originalité pour être protégée par ce qu'elle appelle la «protection du droit d'auteur de droit commun» en vertu de la directive 2001/29⁽³¹⁾. Ainsi s'est instaurée en droit communautaire une protection hybride du programme d'ordinateur, par la directive spécifique 2009/24 pour le code source et le code objet, soit les éléments littéraires de l'œuvre, et par la directive 2001/29 pour tout autre élément original. La Cour établit ainsi une distribution entre *lex generalis* du droit d'auteur et *lex specialis* et installe sur le trône de la première la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information qui pourtant ne vise que l'har-

(26) Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée de la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991).

(27) S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, pp. 71 et s.

(28) Voy. notamment en Allemagne, les décisions citées par A. RAUBENHEIMER, «Softwareschutz nach den Vorschriften des UWG», *Computer und Recht*, 1994, p. 264 (les tribunaux ayant considéré le seul but de l'application, et non du moyen dans son ensemble, pour interdire la distribution du logiciel permettant la

neutralisation). Aux Pays-Bas, Rb. Alkmaar 30 novembre 2000, *Computerrecht*, 2001-3, note K. KOELMAN.

(29) S. DUSOLLIER, *op. cit.*; IVIR Study, *op. cit.*, pp. 73-75.

(30) C.J.U.E., 22 décembre 2010, *BSA*, C-393/09, § 37.

(31) *Ibidem*, § 44.

nisation des droits et des exceptions, et ne détermine en aucune manière les conditions d'accès à la protection⁽³²⁾.

En conséquence de cette division, les questions juridiques qui se posent en matière de programme d'ordinateur peuvent relever de l'une ou l'autre directive selon qu'elles s'attachent à tel ou tel élément du programme. Mais lorsque la protection vise le programme comme un tout et ne distingue pas son objet précis, il faut bien opérer une hiérarchisation des normes applicables et démêler ce qui du droit commun ou du droit spécial est amené à s'appliquer. L'arrêt *UsedSoft* en offre une illustration en inscrivant la solution contestée de l'épuisement du droit de distribution en cas de téléchargement en ligne de logiciels, dans le cadre de la *lex specialis* que serait la directive spécifique aux programmes d'ordinateur⁽³³⁾. En d'autres termes, deux mouvements doivent s'opérer dans le choix des textes applicables. D'une part, l'élément du programme d'ordinateur, code ou produits de ce code, détermine la directive applicable. D'autre part, et pour les questions relatives au code source et code objet couverts par la directive 2009/24, celle-ci s'applique en premier lieu mais peut laisser, semble-t-il, subsister l'application de la directive 2001/29 pour les questions non traitées par la *lex specialis*.

Ce modèle à la fois distributif et en cascade risque cependant de déboucher sur une impasse lorsque la protection de l'une ou l'autre directive diffère et doit pourtant s'appliquer à l'ensemble du programme. Par exemple, qui est le titulaire du droit sur un programme d'ordinateur, dans le cadre d'un contrat de travail ? La présomption prévue par la directive spécifique au bénéfice de l'employeur ne s'applique qu'au code informatique et non aux éléments graphiques qui y échappent. À défaut de contrat, la titularité, par exemple d'un jeu vidéo qui associe code et interface graphique, se partagerait donc entre l'employeur et les infographistes.

La difficulté n'avait pas échappé à l'avocate générale dans l'affaire *Nintendo* qui avait préconisé la solution suivante :

«La Cour a ainsi jugé que la directive 2009/24 constitue une *lex specialis*

lis par rapport aux dispositions de la directive 2001/29. À mon avis, cette affirmation doit se comprendre en ce sens que les dispositions de la directive 2009/24 prévalent sur celles de la directive 2001/29, mais uniquement dans les cas où le matériel protégé relève intégralement du champ d'application de la première. Si les jeux Nintendo et sous licence Nintendo n'étaient rien d'autre que des programmes d'ordinateur, la directive 2009/24 serait donc applicable, écartant la directive 2001/29. De fait, si Nintendo mettait en œuvre des mesures techniques distinctes pour protéger les programmes d'ordinateur et les autres matériels, la directive 2009/24 pourrait s'appliquer aux premiers et la directive 2001/29 aux seconds»⁽³⁴⁾.

Il s'agit là d'une proposition pragmatique mais peu réaliste car les hypothèses dans lesquelles le matériel protégé relèverait uniquement de la directive 2001/29 sont devenus des cas d'école à la suite de l'arrêt *BSA* qui exclut l'interface graphique de la protection. Or *a priori* tout programme d'ordinateur va inclure une interface graphique et seul le cas où cette dernière ne serait pas originale et donc ne serait pas protégée en tant qu'œuvre soumise au droit commun répondrait à la situation envisagée par l'avocate générale. De même une application séparée de mesures techniques aux divers éléments du programme d'ordinateur est plutôt théorique.

Mais l'avocate générale va un pas plus loin en considérant que dans le cas de jeux vidéo dont les œuvres graphiques et narratives sont «inextricables des programmes eux-mêmes»⁽³⁵⁾, il faudrait opter, pour de telles «œuvres complexes», pour la protection accordée qui soit «la plus importante et non la plus faible»⁽³⁶⁾. Elle instaure donc non un rapport subsidiaire entre droit commun et *lex specialis*, mais bien un rapport fondé sur l'étendue de la protection.

La Cour n'a pas suivi les conclusions de son avocat général sur ce point mais a réitéré son approche distributive, en disposant que :

«Ce constat n'est pas infirmé par le fait que la directive 2009/24

constitue une *lex specialis* par rapport à la directive 2001/29 (...). En effet, conformément à son article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, la protection offerte par la directive 2009/24 se limite aux programmes d'ordinateur. Or, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, les jeux vidéo, tels que ceux en cause au principal, constituent un matériel complexe comprenant non seulement un programme d'ordinateur, mais également des éléments graphiques et sonores qui, bien qu'encodés dans le langage informatique, ont une valeur créatrice propre qui ne saurait être réduite audit encodage. Dans la mesure où les parties d'un jeu vidéo, en l'occurrence ces éléments graphiques et sonores, participent à l'originalité de l'œuvre, elles sont protégées, ensemble avec l'œuvre entière, par le droit d'auteur dans le cadre du régime instauré par la directive 2001/29»⁽³⁷⁾.

Faut-il comprendre cet attendu comme un renvoi des questions relatives au jeu vidéo, où l'aspect graphique prédomine, au seul «droit commun» de la directive 2001/29 ? S'agit-il d'exclure le jeu vidéo de la qualification de programme d'ordinateur ou de déterminer le lieu de la protection de manière quantitative par référence à la proportion d'œuvres de l'une ou l'autre catégorie dans une œuvre complexe ? L'expression utilisée «ensemble avec l'œuvre entière» signifie-t-elle que l'ensemble du jeu vidéo sera protégé par le «droit commun» ? L'arrêt ne le précise pas et reste très évasif sur une question pourtant essentielle. Aucune référence en tout cas à la *lex specialis* (approche *UsedSoft*) ou à la protection la plus importante (approche de l'avocate générale).

En appliquant ainsi la directive de 2001, plus protectrice des mesures techniques, la Cour évite la question épineuse des objectifs poursuivis par les *modchips*, qui avait fait écueil à une interdiction dans certaines juridictions nationales, ces dispositifs pouvant être considérés comme visant, outre le contournement, certains buts légitimes (interopérabilité, insertion d'éléments ajoutés par l'utilisateur, utilisation de jeux importés légitimement). La directive sur les programmes d'ordinateur pourrait en effet les absoudre, le critère

(32) La Cour y a pourtant trouvé le socle du critère d'originalité qui serait la condition de protection de toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur. Voy. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International*, C-05/08.

(33) C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usedsoft*, C-128/11, particulièrement §§ 51 et 56.

(34) Conclusions de l'avocat général Sharpston, 19 septembre 2013, C-355/12, § 34.

(35) *Ibidem*, § 35.

(36) *Ibidem*.

(37) Arrêt commenté, § 23.

du «seul but de contourner» pouvant être interprété restrictivement.

Le Bundesgerichtshof allemand avait posé une question préjudicielle très précise sur l'applicabilité des dispositions de la directive 2009/24 aux jeux vidéo (dans une autre affaire concernant Nintendo), ce qui aurait permis de trancher définitivement la question, mais s'est finalement désisté de sa demande⁽³⁸⁾, probablement à la suite du prononcé de la décision ici commentée.

b. *L'absence de nécessité d'apposition des mesures techniques sur l'œuvre*

Un premier apport de la décision relève de l'évidence. Les mesures techniques protégées ne doivent pas être nécessairement incorporées dans les supports physiques de l'œuvre. Nombreux sont en effet les dispositifs techniques qui sont intégrés dans les équipements de lecture des œuvres et ont pour objet de vérifier la compatibilité de ces dernières avec le droit d'auteur. La Cour admet que la protection des mesures techniques vise également les dispositifs intégrés, non dans les jeux eux-mêmes, mais également dans les appareils destinés à assurer l'accès aux jeux et leur utilisation⁽³⁹⁾.

Si la question paraît accessoire, elle traduit en réalité l'absence de droit d'auteur des Nintendo et autres sur un grand nombre de jeux vidéo et la fonction réelle des mesures techniques en cause, par le truchement des consoles et des licences conclues avec les développeurs de jeux, fonction qui est de s'assurer un contrôle sur l'industrie du développement de ces jeux.

c. *Les actes restreints par la mesure technique*

Le second apport, toujours s'agissant de l'étendue de la protection, est

plus fondamental. Il apparaît à l'artendu 25 de la décision qui dispose :

«[les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin] constituant, ainsi qu'il ressort des articles 2 à 4 de la directive 2001/29, la reproduction, la communication d'œuvres au public et la mise à la disposition du public de celles-ci, ainsi que la distribution de l'original ou de copies des œuvres, la protection juridique visée à l'article 6 de ladite directive s'applique uniquement en vue de protéger ledit titulaire contre les actes pour lesquels son autorisation est exigée».

Les mesures techniques protégées par le texte européen contre le contournement sont définies comme celles qui sont destinées à empêcher des actes non autorisés par le titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin. L'expression «actes non autorisés» avait été interprétée par une doctrine majoritaire comme dessinant un périmètre de protection bien plus large que l'étendue même du droit d'auteur en l'absence de toute référence à ce que la loi autorisait ou non comme utilisation de l'œuvre⁽⁴⁰⁾.

La Commission européenne a pourtant souhaité apaiser cette crainte dans son rapport d'évaluation de la directive⁽⁴¹⁾ qui insiste sur la relation nécessaire entre le droit d'auteur et ce que contrôle le dispositif technique de protection, de la manière suivante :

«The wording "acts not authorised by the rightholder" in Article 6(3) aims to link TPM to the exercise of the exclusive rights mentioned in this paragraph. Therefore, the Directive aims to establish a connection between the technological measure and the exercise of copyright. This implies that Article 6(3) only protects technological measures that restrict acts which

come within the scope of the exclusive rights. (...) Moreover, it is clear that the mention of "access control" is no more than an example to define an effective TPM. It cannot be relied upon to widen the scope of the legal definition of TPM under Article 6(3) beyond what is in the rightholders' normative power to prohibit»⁽⁴²⁾.

La Cour de justice donne ici une force obligatoire à cette affirmation. Il faudra désormais délimiter la protection des verrous techniques en parallèle aux contours du droit d'auteur et des droits voisins. Seuls les dispositifs qui contrôlent, empêchent ou préviennent une atteinte aux droits exclusifs reconnus par la loi bénéficieront de la protection particulière contre le contournement. Les juges de Luxembourg rassurent ainsi quant à une protection exorbitante du droit d'auteur et la ramène à des proportions plus légitimes. Ils complètent cet exercice de modération en imposant à l'étendue de la protection juridique des mesures techniques un test de proportionnalité.

d. *Un principe général de proportionnalité*

Le complexe mélange des objectifs de la manipulation du fonctionnement des consoles par les *modchips*, entre utilisation de jeux pirates et usages légitimes, s'il n'est pas résolu par la question des objectifs des dispositifs de contournement, est abordé par la Cour d'une tout autre manière, soit par l'imposition d'un principe de proportionnalité. La juridiction communautaire devient coutumière de ce principe dans les affaires de droit d'auteur. Mais elle l'a appliqué jusqu'ici principalement dans ces décisions relatives à la mise en œuvre

(38) C.J.U.E., Ordonnance du 7 mai 2014, *Grund c. Nintendo*, C-358/13.

La question posée était la suivante : l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29/CE, fait-il échec à l'application d'une disposition de transposition (en l'occurrence l'article 95a, paragraphe 3, UrhG [Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz], loi sur le droit d'auteur et les droits voisins) en droit national de l'article 6, paragraphe 2, de ladite directive, lorsque la mesure technique en question protège à la fois non seulement des œuvres ou d'autres objets protégés, mais aussi des programmes d'ordinateur ?

(39) Arrêt commenté, § 37.

(40) S. DUSOLLIER, *op. cit.* ; IVIR Study, *op. cit.*, p. 95 ; U. GASSER ET M. GIRSBERGER, «Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States – A Genie Stuck in the Bottle?» *Berkman Working Paper* No. 2004-10, novembre 2004, available at <http://ssrn.com/abstract=628007>. Une telle interprétation pouvait trouver appui dans une déclaration du Conseil européen lors du processus d'adoption de la directive, qui affirmait que la nouvelle définition des mesures techniques protégées était plus large que celle de la proposition originale de la Commission qui faisait le lien avec l'étendue des droits exclusifs (Statement of the Council's reasons, Directive of the

European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Common Position (EC) No. 48/2000 of 28 September 2000 adopted by the Council, *J.O. C* 344 du 1^{er} décembre 2000, pp. 1-22, § 43).

(41) Commission Staff Working Document, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 30 novembre 2007, SEC(2007) 1556.

(42) *Ibidem* p. 7.

des droits⁽⁴³⁾. L'arrêt *Painer*, traitant surtout de l'originalité, avait néanmoins rappelé qu'il s'agissait d'un principe général de droit de l'Union qui limitait le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales lors de la transposition d'une réglementation européenne⁽⁴⁴⁾. En conséquence, disait cet arrêt : «les mesures que les États membres ont la faculté d'adopter doivent être aptes à réaliser l'objectif visé et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre»⁽⁴⁵⁾.

La prise en compte d'un test de proportionnalité résulte également du considérant 48 de la directive de 2001 qui précise que : «Une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique».

La Cour en déduit qu'il faut examiner, pour appliquer la protection des mesures techniques, si d'autres mesures auraient pu être utilisées et «causer moins d'interférences avec les activités des tiers ne nécessitant pas l'autorisation du titulaire des droits d'auteur ou moins de limitations de ces activités, tout en apportant une protection comparable pour les droits dudit titulaire»⁽⁴⁶⁾. Pour ce faire, le juge national devrait tenir compte des coûts des différentes sortes de mesures techniques, des aspects techniques et pratiques de leur mise en œuvre et faire une comparaison de leur efficacité. Voilà qui risque de constituer un exercice d'équilibriste. En effet, seules les mesures techniques qui contrôlent des actes couverts par les droits exclusifs sont visés par la protection juridique ; si elles interfèrent avec des usages légitimes, les titulaires de droits devraient opter pour d'autres mesures, pour autant que leur coût reste raisonnable. Alors que la directive n'entendait aucunement obliger les auteurs à recourir à une sécurisation technique de leurs œuvres, les voici encadrés par une obligation de mettre en place les mesures les plus effectives et les moins excessives.

La Cour suit ensuite son avocat général qui avait refusé de se baser sur l'utilisation des consoles telle qu'elle

avait été souhaitée par les ayants droit (leur *business model* en quelque sorte), mais de tenir compte également de l'usage effectif qu'en font les tiers⁽⁴⁷⁾. Les juges semblent dire qu'il faut examiner la proportion d'usages illicites des *modchips* en cause (soit pour charger sur la console des copies pirates ou non autorisées par le consoler) par rapport aux utilisations n'affectant pas le droit d'auteur. Mais elle ne poursuit pas davantage le raisonnement qui paraît emprunter au critère bien connu de la cour suprême américaine qui exempte de responsabilité les fournisseurs d'équipements qui permettent des usages non substantiellement illicites⁽⁴⁸⁾. Le lieu de rencontre entre usages licites et étendue de l'interdiction des dispositifs de contournement choisi par les juges est donc l'un des critères de l'illicéité de ces derniers énoncé à l'article 6 de la directive, soit le but commercial limité ou l'utilisation limitée autre que de contourner cette protection. Mais les trois critères sont alternatifs et déterminent les divers cas dans lesquels un dispositif de contournement pourra être interdit. En aucun cas, il ne s'agit à cet endroit de l'article 6 de limiter la protection pour préserver des utilisations légitimes. La Cour opère là un glissement qui n'est pas justifié. Si le *modchip* a été principalement conçu pour contourner la protection ou est commercialisé dans ce but, peu importe normalement l'usage effectif qu'en font les utilisateurs. L'approche de la juridiction communautaire apparaît une fois de plus fort abstraite, puisqu'elle autorise la modulation de l'interdiction des actes et des dispositifs de contournement selon le possible déséquilibre de l'emprise des mesures techniques. Comment en pratique une personne commercialisant des dispositifs qui pourraient être utilisés pour contourner une mesure technique pourra-t-elle déterminer que ceux-ci sont illicites sur la seule base de la disproportion ou non des entraves techniques mises en place, ou sur la possibilité qu'aurait le titulaire de droit d'auteur de recourir à des mesures plus mesurées et efficaces ?

La Cour ne s'aventure pas davantage sur la vérification de la légitimité des usages que permettraient les

modchips, ni sur le rapport entre ceux-ci et les limites de la protection des mesures techniques, mais laisse cette question à l'appréciation des juridictions nationales, guidées par le principe de proportionnalité. Elle admet que des usages autorisés du dispositif anticontournement libèrent celui-ci de l'interdiction, mais sans en préciser la proportion. Ces usages légitimes doivent-ils être majoritaires ? Significatifs ? On en reste pour ses frais.

Si on peut saluer la modération que la Cour de justice applique aux dispositions anticontournement, et surtout qu'elle refuse d'aligner la protection sur la seule volonté des ayants droit ou des acteurs économiques et de leurs *business models*, on peut regretter néanmoins qu'elle n'ait pas plus franchement résolu la détermination de l'illicéité d'un dispositif qui certes facilite l'utilisation de copies non autorisées, mais qui admet également d'autres usages légitimes.

Séverine Dusollier⁽⁴⁹⁾

C.J.U.E. (4^e ch.) 10 avril 2014

Siège : L. Bay Larsen (prés. ch.),
K. Lenaerts (vice-prés. f. f.
juge), M. Safjan, J. Malenovský
(rapp.) et A. Prechal (juges).

Avocat général : P. Cruz Villalón.

Aff. C-435/12

ACI ADAM BV *E.A.*
(M^e D. Visser) c. STICHTING
DE THUISKOPIE, STICHTING
ONDERHANDELINGEN
THUISKOPIE VERGOEDING
(MM^{es} T. Cohen Jehoram
et V. Rörsch)

(43) C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet c. Sabam*, C-70/10 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio*, C-461/10 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12.

(44) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10, § 105.

(45) *Ibidem*, § 106.

(46) Arrêt commenté, § 32.

(47) *Ibidem*, §§ 34-36.

(48) *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).x.

(49) Professeur à SciencesPo Paris et à l'Université de Namur.